Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Julia Espinosa Blanco

Isabel Muñoz García

Funcionarias del Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Extracto

En el presente caso práctico se reproduce el enunciado del supuesto que se planteó como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social, efectuada por la Resolución de la Subsecretaría del entonces Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de 21 de febrero de 2019 (BOE de 1 de marzo). En el mismo se lleva a cabo un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de las respuestas a tales cuestiones.

Palabras clave: técnicos de la Administración de la Seguridad Social; caso práctico.

Fecha de entrada: 07-04-2020 / Fecha de aceptación: 07-05-2020

Cómo citar: Espinosa Blanco, J. y Muñoz García, I. (2020). Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *447*, 233-262.



Technicians of the Social Security Administration

Julia Espinosa Blanco

Isabel Muñoz García

Abstract

In this practical case is reproduced the statement of assumption referred to the activity of the technicians of the Social Security Administration that was proposed as the third exercise in the competition for admission to the Higher Body of Technicians of Social Security Administration, made by Resolution of February 21, 2019 of the Undersecretariat (BOE of March 1, 2019). It is an analysis of the questions arising from the proposed case in made jointly with a law-based solution.

Keywords: technicians of the Social Security Administration; case study.

Citation: Espinosa Blanco, J. y Muñoz García, I. (2020). Technicians of the Social Security Administration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *447*, 233-262.

Enunciado

Don Antonio Quintanilla, quien en la actualidad tiene 54 años, constituyó en marzo de 2000 La Artesana, una sociedad mercantil capitalista para la fabricación de muebles de madera artesanales, de la que es único socio y administrador. Casado con doña Paula García, de 52 años, que trabaja a tiempo parcial en una empresa de la competencia; con un hijo, don Samuel, nacido en 1985; y, tras unos años de ejercicio de la actividad en solitario, decide incorporar a aquellos a la actividad de la empresa con fecha 1 de enero de 2018. No obstante, doña Paula continúa trabajando a tiempo parcial. Respecto de don Samuel, se da la circunstancia de que se trata de su primera actividad laboral y de que está afectado por una discapacidad física del 33 %. Por otro lado, toda la familia está empadronada en un municipio de 780 habitantes, que es donde se ejerce la actividad.

Además, con fecha 1 de febrero de 2019, procede a contratar a don Emilio Sanmartín, de 67 años, que había causado con anterioridad pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS) con la edad ordinaria y el 100 % de la base reguladora, realizando a tal efecto un contrato de obra y servicios determinados por 1 año. Finalmente, acuerda con doña Carmen Fernández, amiga de la familia, que también a partir de esa fecha esta apoye puntualmente la producción a cambio de una pequeña compensación, pero considerando que se trata de un trabajo de buena voluntad no le hace contrato por escrito ni tramita su alta ante la Seguridad Social.

Don Emilio Sanmartín percibe como contraprestación a su trabajo una retribución mensual consistente en un salario base, plus de transporte urbano, plus de distancia, gastos de manutención y gastos de locomoción. Asimismo, empresario y trabajador deciden de común acuerdo que las vacaciones a que este tiene derecho sean abonadas y no disfrutadas, y dejar fuera de la cotización el plus de distancia, los gastos de manutención y gastos de locomoción.

Pronto la empresa comienza a tener problemas y aunque sigue solicitando de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) la liquidación de cuotas correspondientes por los trabajadores incluidos en el RGSS, a partir de abril de 2019 inclusive deja de ingresarlas.

El 1 de julio de 2019, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) realiza una visita a la empresa en la que, por una parte, encuentra trabajando a doña Carmen y, por otra, al revisar la documentación de la empresa, detecta irregularidades en las cotizaciones referentes a don Emilio por la aplicación de bonificaciones por formación continua, al no



justificar la empresa la realización de tales cursos, y la ausencia de justificación de los gastos de locomoción. Por otro lado, el inspector comprueba que no hay razones por las que don Emilio tenga que desplazarse por razones de trabajo a municipios distintos al de la empresa.

Por esa fecha, en concreto, el 6 de julio de 2019, don Antonio cae enfermo como consecuencia de su trabajo en la fabricación de muebles, pasando a percibir la prestación de incapacidad temporal (IT) a partir del 10 de julio.

Estando en situación de IT, debe proceder al cierre del negocio, en noviembre de 2019, alegando pérdidas durante dos ejercicios seguidos. Durante este tiempo ha seguido abonando sus cuotas de autónomos. Debido a que su estado de salud cada vez es más precario, solicita una pensión de incapacidad permanente (IP), que le es reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en abril de 2020, concediéndole una IP total con unos mínimos por cónyuge a cargo.

Por otro lado, don Samuel es padre el 7 de octubre de 2019.

En otro orden de cosas, don Emilio estaba casado con doña Eulalia Malavides, que prestaba servicios en el almacén de la empresa Cuádrigas Almacenaje como operaria de limpieza y mantenimiento. Realizando sus tareas sin observar con diligencia todas las medidas de seguridad de la empresa, doña Eulalia sufrió el 5 de julio de 2018 un accidente mortal cuando se encontraba en el almacén de la empresa, falleciendo al instante. Examinadas por la ITSS las circunstancias del accidente, se comprueba cierta imprudencia por parte de la trabajadora y, además, se constata el incumplimiento en la maquinaria por parte de la empresa de las disposiciones establecidas en el Real Decreto 1215/1997, levantando acta de infracción el 9 de noviembre de 2018 por falta calificada como grave en su grado medio. Dicha acta, con propuesta para que se imponga de oficio un recargo sobre las prestaciones del 50 %, es remitida a la Dirección Provincial del INSS. En tal sentido, el 12 de noviembre de 2018 se acuerda por el INSS iniciar el procedimiento de oficio para la imposición del recargo correspondiente.

Con fecha 15 de enero de 2019, por la Consejería de Trabajo de la comunidad autónoma, se acuerda confirmar el acta e imponer la consecuente sanción por incumplimiento de medidas de seguridad. La resolución que impuso la sanción fue recurrida en recurso de alzada, resolviéndose en sentido desestimatorio el recurso administrativo el 20 de abril de 2019. Recibida la sanción por el INSS el día 30 de marzo de 2019, el expediente del procedimiento para imponer el recargo pasa por sesión del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) el 16 de mayo de 2019. El órgano colegiado propuso la imposición de un recargo del 50 % en la pensión de viudedad solicitada por don Emilio el día siguiente al fallecimiento de su esposa, así como sobre todas las prestaciones que se pudieran derivar del citado accidente.

La empresa presenta reclamación previa entendiendo que el fallecimiento se produjo por la imprudencia de la propia trabajadora fallecida y que el EVI ha emitido un dictamen nulo, pues no es competente para emitir dictamen en los recargos sobre prestaciones de muerte y supervivencia.

Preguntas

1.ª Señale el régimen de la Seguridad Social aplicable a don Antonio, doña Paula, don Samuel y don Emilio.

2.ª Determine las peculiaridades en la cotización de los trabajadores mencionados en el punto anterior.

3.ª Analice las consecuencias de la visita de la ITSS y la posible actuación de la TGSS en relación con las cuotas.

4.ª Valore las actuaciones en relación con la IT de don Antonio y su cobertura.

5.ª Exponga las acciones que podría emprender don Antonio en caso de discrepancia con el reconocimiento de la prestación de IT.

6.ª Determine si don Antonio tendría derecho a alguna prestación por el cierre del negocio y si sería correcto el abono de las cuotas de autónomos.

7.ª Analice si es correcta la actuación del INSS en el reconocimiento de la IP y señale qué procedimiento podría iniciar.

8.ª Indique a qué prestación tendría derecho don Samuel y su evolución en relación con la empresa.

9.ª Indique qué consecuencias tiene a efectos de la determinación de un recargo de prestaciones la concurrencia de la imprudencia del trabajador fallecido y la existencia de un eventual incumplimiento de medidas de seguridad, y la fecha de efectos del recargo, si fuera procedente.

10.ª Analice si es correcta la competencia del EVI para emitir el dictamen-propuesta y cuáles serían las consecuencias de la emisión en el ámbito competencia del director provincial.



Solución

1.ª Señale el régimen de la Seguridad Social aplicable a don Antonio, doña Paula, don Samuel y don Emilio.

A) Respecto a don Antonio

Con base en los datos facilitados en el presente caso práctico, nos encontramos ante un trabajador que debe quedar encuadrado en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), concretamente bajo la figura de autónomo societario, de acuerdo con las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, de acuerdo con los artículos 7.1 b), 10.2 a) y 305.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015 (LGSS), y el artículo 2 del Real Decreto 2530/1970, en principio don Antonio debe quedar incluido en el RETA al tratarse de una persona física mayor de 18 años que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona una actividad económica o profesional a título lucrativo, dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

En segundo lugar, en el texto propuesto, se detalla que don Antonio es único socio y administrador de la sociedad mercantil capitalista, es por ello que, con base en los artículos 305.2 b) y 306.2 de la LGSS, dicha condición es determinante para que quede expresamente comprendido en el régimen mencionado, al poseer no solo las funciones de dirección y gerencia que conlleva el cargo de consejero o administrador en este caso, sino, además, el control efectivo de la sociedad. Dicho control se presume *iuris et de iure* al ser el único socio, tal y como se detalla en el texto, y, por lo tanto, poseyendo el 100 % del capital social.

B) Respecto a doña Paula

De acuerdo con el caso propuesto, doña Paula se encuentra trabajando como trabajadora por cuenta ajena en una empresa a tiempo parcial, y, por lo tanto, incluida en el RGSS (con fundamento en el art. 136 LGSS).

Sin perjuicio de lo anterior, dado que don Antonio decide incorporar a la misma a la actividad de la empresa, y siendo la trabajadora cónyuge del mismo, con base en los artículos 12.1 y 305.2 k) de la LGSS y la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, doña Paula, por la actividad realizada en La Artesana, ha de quedar encuadrada en el RETA, siempre que no tenga la consideración de trabajadora por cuenta ajena en esta última actividad, realizando el trabajo de forma habitual, en situación de convivencia en el hogar y encontrándose a cargo (se ha de destacar que existe una presunción legal de convivencia

conyugal, de acuerdo con el art. 69 Código Civil, que habrá de ser destruida por la parte que se oponga a ella, de acuerdo, entre otras, con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 147/2016, de 8 de julio).

La inclusión de doña Paula en el RETA origina que se encuentra en situación de pluriactividad, al estar encuadrada también en el RGSS, en razón de su trabajo a tiempo parcial en otra empresa, debiendo así solicitar el alta en el RETA de acuerdo con los artículos 307 y 319 de la LGSS y 40, 41 y 46 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996. No obstante, se ha de tener en cuenta, dado lo comentado anteriormente, que, si se probare la relación laboral de ajenidad con don Antonio por esta última actividad descrita, se encontraría en una situación de pluriempleo, y don Antonio debería solicitar el alta de doña Paula en el RGSS.

C) Respecto a don Samuel

En este caso, se trata de un trabajador, pariente del trabajador por cuenta propia, al ser hijo del mismo, y que, por lo tanto, queda incluido dentro del primer grado de consanguinidad a que se refiere el artículo 305.2 k) de la LGSS. Al realizar el trabajo de manera habitual, con base en los datos aportados, en situación de convivencia en el hogar familiar y encontrándose a cargo, se presume que se trata de un trabajador por cuenta propia, salvo que se demuestre su condición de asalariado.

Es por ello que, en este caso en particular, podría quedar incluido dentro del RETA, como familiar colaborador por cuenta propia.

D) Respecto a don Emilio

El trabajador, de acuerdo con los datos aportados, se encuentra como beneficiario de la jubilación, causada a edad ordinaria y con el 100 % de la base reguladora. La contratación del mismo por parte de don Antonio supone el inicio de una actividad por cuenta ajena (que podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial), y, por lo tanto, pasaría a formar parte de la modalidad de jubilación activa en el RGSS a la que nos vamos a referir a continuación.

A través de esta modalidad de jubilación, se permite compatibilizar la percepción del 50 % de la pensión de jubilación contributiva (es decir, la reconocida en ese momento para este trabajador) con el trabajo por cuenta ajena objeto de la contratación.

Se cumplen de esta manera todos los requisitos que ha de reunir el trabajador para que pueda acceder a esta modalidad de jubilación, según el artículo 214 de la LGSS. Entre ellos, destacamos: haber cumplido la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205 de la LGSS, en relación con la disposición transitoria séptima de la LGSS, y tener derecho a una pensión completa, es decir, el 100 % aplicable a la base

reguladora, de acuerdo con el artículo 210 de dicha ley. Además, el desarrollo de la actividad debe llevarse a cabo dentro del sector privado, como ocurre en este caso. Sin embargo, es importante destacar que la empresa en la que ha sido contratado deberá cumplir con los requisitos que el mismo artículo impone: en primer lugar, con carácter previo, es decir, en los 6 meses anteriores, no pueden haberse adoptado decisiones extintivas improcedentes en el mismo grupo profesional; y, en segundo lugar, una vez contratado el trabajador, la empresa deberá mantener el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio, tomando como referencia el promedio diario de trabajadores en alta en el periodo de los 90 días anteriores a la compatibilidad.

Por otro lado, es importante mencionar que, si en el caso en que los datos aportados indicaran que el trabajo por cuenta ajena es ejercido a tiempo parcial, esa situación no modificaría la consideración como jubilación activa, ya que, conforme al artículo 214.1 c) de la LGSS, el trabajo que puede ser realizado por el jubilado en la modalidad de jubilación activa puede llevarse a cabo a tiempo completo o a tiempo parcial.

2.ª Determine las peculiaridades en la cotización de los trabajadores mencionados en el punto anterior.

A) Respecto a don Antonio

En primer lugar, se hará una referencia a la base de cotización aplicable para el año 2019 y, posteriormente, se expondrán los tipos de cotización aplicables a dicha base.

De acuerdo con el artículo 312.2 de la LGSS, dado que nos encontramos ante la figura de un autónomo societario de la sociedad de capital La Artesana, incluido en el RETA, le es de aplicación la base mínima de cotización fijada cada año por la Ley de presupuestos generales del Estado (LPGE) (para el año 2019, dicha base tiene una cuantía fijada en 1.214 €/mes, de acuerdo con los arts. 6.8 RDL 28/2018 y 15.12 OM 83/2019).

En referencia a los tipos de cotización, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 28/2018, se aplica para las contingencias comunes el 28,3 %, a efectos de contingencias profesionales se aplicará el 0,9 %, por cese de actividad se aplica un 0,7 % y por formación profesional se aplica un 0,1 %[1].

[1] Si bien, a efectos informativos, se ha de mencionar que los tipos de cotización por contingencias profesionales y por cese de actividad deben ajustarse en los próximos años a la escala siguiente:

> Para la cotización por contingencias profesionales: año 2020, el 1,1 %, y año 2021, el 1,3 %; para cese de actividad: año 2020, el 0,8 %, y año 2021, el 0,9 %. A partir del año 2022, en ambos casos, el tipo de cotización será el que se establezca con carácter definitivo en la respectiva LPGE (disp. trans. segunda RDL 28/2018).

Dentro del marco de beneficios a la cotización, para el año 2019, no sería aplicable ningún beneficio a la cotización para este trabajador autónomo societario[2].

Además, no sin menos importancia, se ha de mencionar la obligación de proceder a la cobertura de la prestación de IT derivada de contingencias comunes, contingencias profesionales y cese de actividad con la misma mutua colaboradora con la Seguridad Social para las tres contingencias mencionadas, de acuerdo con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 28/2018 en los artículos 315 y 317 de la LGSS y en la Ley 20/2007.

B) Respecto a doña Paula

La trabajadora, de acuerdo con lo analizado en el anterior apartado, se encuentra en régimen de pluriactividad. Por ello, dentro del marco de la cotización, se destacan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, con respecto a la base de cotización, de acuerdo con el artículo 15.2, 3 y 4 de la Orden ministerial 83/2019, al tener más de 48 años (el caso práctico propuesto indica que tiene 52 años), la base de cotización con carácter general deberá estar comprendida entre las cuantías de 1.018,5 euros y 2.077,8 euros. No obstante, de acuerdo con los artículos 313.2 de la LGSS y 15.13 de la Orden ministerial 83/2019, dado que la trabajadora, de acuerdo con los datos aportados, causa alta por primera vez en el RETA y, con motivo de la misma, inicia una situación de pluriactividad, siendo su actividad por cuenta ajena a tiempo parcial (con una jornada superior al 50 % de la correspondiente a la de un trabajador con jornada a tiempo completo), podrá elegir en el momento del alta: durante los primeros 18 meses, la comprendida entre el 75 % de la base mínima de cotización vigente y la base máxima (en 2019: entre 708,3 € y 4.070,1 €) y, durante los siguientes 18 meses, la comprendida entre el 85 % y la base máxima (en 2019: entre 802,8 € y 4.070,1 €).

Se ha de tener en cuenta que la aplicación de estas medidas es incompatible con cualquier otra bonificación o reducción establecida como medida de fomento del empleo autónomo, así como con la devolución prevista en caso de pluriactividad, que se desarrollan a continuación como beneficios en la cotización.

En segundo lugar, con respecto a los tipos de cotización, se aplica lo mencionado en el apartado anterior para don Antonio.

[2] Se ha producido en el año 2020 una modificación importante que se ha de señalar en este aspecto, ya que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1669/2019, de 3 de diciembre, a partir del mencionado año, es aplicable la tarifa plana para autónomos societarios que causen alta en dicho periodo, hecho que indudablemente no sería aplicable en este caso, pero que, dada su importancia, se remarca en este ejercicio a efectos docentes.



En tercer lugar, respecto a la cobertura, se aplica la obligatoriedad modificada por el Real Decreto-Ley 28/2018, explicada anteriormente a efectos de IT derivada de contingencias comunes, contingencias profesionales y cese de actividad. No obstante, dado que la trabajadora se encuentra en una situación de pluriactividad, en caso de que por su trabajo por cuenta ajena tuviere cubierta la prestación de IT en el RGSS, en el que también se encuentra en alta, en tanto se mantenga dicha pluriactividad, podrá acogerse voluntariamente a la cobertura de esta prestación mencionada en el RETA o renunciar a ella (la opción por la cobertura puede realizarse en el momento de alta en el RETA).

Dentro de este marco de cobertura, se ha de detallar la figura del reintegro de cotizaciones por razón de pluriactividad, de acuerdo con el artículo 313.1 de la LGSS, en redacción dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, y el artículo 15.9 de la Orden ministerial 83/2019, dado que, tal y como se ha expuesto, la trabajadora dada de alta en el RETA se encuentra en situación de pluriactividad, en razón de su trabajo por cuenta ajena. Por lo tanto, teniendo en cuenta las cotizaciones, por contingencias comunes, efectuadas en el régimen especial, como las aportaciones empresariales y las correspondientes al trabajador, también unas y otras por contingencias comunes, en el régimen de la Seguridad Social, tendrá derecho al reintegro del 50 % del exceso en que sus cotizaciones por contingencias comunes superen la cuantía que se establezca a tal efecto por la LPGE para cada ejercicio (para 2019, 13.822,06 €, conforme al art. 6.5 RDL 28/2018), con el tope del 50 % de las cuotas ingresadas en este régimen especial en razón de su cotización por contingencias comunes. La devolución se efectuará de oficio por la TGSS, antes del 1 de mayo del ejercicio siguiente, no siendo preciso que el interesado efectúe la solicitud. Se destaca que este beneficio se aplicaría automáticamente en caso de que optare por cotizar por la prestación de IT en el RETA.

En cuarto lugar, dentro del marco de aplicación de beneficios a la cotización, se ha de introducir lo siguiente: únicamente serán de aplicación en el caso de que no se hubiera optado por la elección de la base de cotización determinada por pluriactividad expuesto con anterioridad de acuerdo con el artículo 313.2 de la LGSS.

De esta forma, se podría aplicar el siguiente beneficio en la cotización:

Nuevas altas de familiares colaboradores (aplicable en su condición de familiar colaborador en el RETA) de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 20/2007. Al ser cónyuge de don Antonio, la trabajadora tiene derecho, al haber sido incorporada en el RETA, a una bonificación que se extiende durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos de alta. Siendo su cuantía equivalente al porcentaje de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo de cotización vigente en cada momento:

- 50 % durante los primeros 18 meses.
- 25 % durante los 6 meses siguientes.

Se ha de destacar dentro de este marco que el beneficio de tarifa plana sería únicamente aplicable en el supuesto en el que se hubiera reconocido a doña Paula en el RETA como autónoma societaria (de difícil aplicación en el caso propuesto, ya que no hay indicación alguna respecto de su participación en el capital social) y no como familiar colaborador como se reconoce en este caso (beneficio reconocido a los autónomos societarios por la STS 1669/2020, de 3 de diciembre). Asimismo, misma circunstancia ocurre respecto al beneficio correspondiente a la incentivación del empleo autónomo en municipios con menos de 5.000 habitantes, únicamente aplicable si a la trabajadora se le hubiera reconocido en el RETA con la condición de autónoma societaria de acuerdo con lo comentado anteriormente.

C) Respecto a don Samuel

En primer lugar, con independencia de su edad, y al ser dado de alta como trabajador autónomo según lo expuesto anteriormente (siendo así considerado para el presente supuesto práctico), podrá elegir la base por la que cotiza, que podrá alcanzar hasta el 220 % de la base mínima de cotización que cada año se establezca para el RETA. De acuerdo con el Real Decreto-Ley 28/2018 en los artículos 2, 3 y 6, las bases mínima y máxima de este régimen especial a partir del 1 de enero de 2019 son 944,4 euros y 4.070,1 euros.

En segundo lugar, se aplican los tipos de cotización señalados anteriormente para las diferentes contingencias especificadas. Asimismo, se aplica la obligatoriedad de la cobertura mencionada anteriormente respecto a la prestación de IT derivada de contingencias comunes, contingencias profesionales y cese de actividad.

En tercer lugar, dentro del marco de los beneficios a la cotización, se destaca como aplicable el beneficio de familiar colaborador presente en el artículo 35 de la Ley 20/2007 explicado con anterioridad.

No obstante, en este supuesto, también se ha de mencionar que serían de aplicación alternativamente los beneficios de tarifa plana e incentivación al empleo autónomo en municipios con menos de 5.000 habitantes en el caso de haberlo reconocido como autónomo societario (teniendo participación en el capital social, hecho que no ocurre en este caso al poseer don Antonio el 100 % del mismo), así como el beneficio reconocido a las personas con discapacidad.

D) Respecto a don Emilio

El trabajador, que se encuentra en la situación de jubilación activa del artículo 214 de la LGSS, tal y como se ha expuesto anteriormente, no está exonerado de cotización. En su situación de trabajador por cuenta ajena, tanto el empresario como el trabajador, deberán cotizar en la forma que se expone en el artículo 153 de la LGSS: únicamente por la prestación

de IT derivada de contingencias comunes y contingencias profesionales. Además, quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 % no computable para las prestaciones; al ser trabajador por cuenta ajena, esta cotización se distribuye entre el empresario (6 %) y el trabajador (2 %).

Por lo tanto, una vez finalizada la relación laboral compatible, se restablecerá o recuperará el percibo del 100 % de la pensión de jubilación. Teniendo en cuenta que la cotización realizada durante la jubilación activa no incrementa el monto de la pensión.

3.ª Analice las consecuencias de la visita de la ITSS y la posible actuación de la TGSS en relación con las cuotas.

A modo de aclaración, para el desarrollo de la pregunta, se van a exponer los diferentes hechos mencionados en el caso práctico propuesto y sus consecuencias dentro del marco de actuación recaudatorio de la ITSS y la TGSS.

A) Respecto a los hechos de doña Carmen

A continuación, se van a analizar tres hechos distintos: en primer lugar, la no identificación de la relación laboral de ajenidad del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET); en segundo lugar, la no formalización por escrito del contrato de trabajo; y, en tercer lugar, el incumplimiento de la obligación del empresario de la solicitud de alta en la TGSS o Administración de la misma.

En primer lugar, de los datos aportados en el caso, se presume que el empresario considera la relación con doña Carmen una actividad excluida del campo de aplicación del derecho del trabajo, la cual deviene regulada en el artículo 1.3 del ET como un trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o de buena vecindad. Si bien no tendría aplicación dicha relación, ya que no se cumplen los supuestos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han configurado para este supuesto típico: no se cumpliría la ocasionalidad, ya que se deduce de la relación una periodicidad de la prestación; no se concretaría, según los datos, a un supuesto de intercambio de servicios; y existe ánimo de lucro, tal y como se confirma en el caso. Por todo ello, se puede concluir que la relación entre la empresa y doña Carmen cumple con todos requisitos legales impuestos a una relación laboral y determinados en el artículo 1.1 del ET: se trata con base en los detalles aportados de un trabajo personal y libre, por cuenta ajena, dependiente y remunerado.

En segundo lugar, la relación laboral con doña Carmen se justifica y tiene por objeto apoyar puntualmente la producción tal y como se facilita en el texto, lo que podría considerarse como un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, regulado en el artículo 15.1 b) del ET. Sin la obligatoriedad impuesta a la formalización del contrato de trabajo por escrito tal y como se dispone en el artículo 8.2 del ET; sí se ha de advertir la

función informativa a que se refiere la Directiva del Consejo 91/533, de 14 de octubre, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 8.5 del ET:

> Si la relación laboral es de duración superior a 4 semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

Tal materia deviene desarrollada en el Real Decreto 1659/1998. La no observancia de la forma escrita cuando se hubiere solicitado por una de las partes durante el transcurso de la relación laboral o la falta de información en los términos mencionados acarrearían posibles sanciones administrativas. El primer hecho mencionado se encuentra calificado como infracción leve y el segundo, como infracción grave dentro del marco de las infracciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000 (LISOS), en los artículos 5 a 10.

En tercer lugar, la falta de alta de la trabajadora ocasiona la expedición del acta de liquidación de cuotas por la ITSS, en los términos establecidos en el artículo 34 de la LGSS, por el periodo en el que se haya comprobado que se han prestado los servicios descritos y no se hayan ingresado las cuotas en plazo reglamentario. De acuerdo con el artículo 18 de la LGSS, la obligación de cotizar nace desde el mismo momento del inicio de la actividad, con independencia de que el empleador haya cumplido o no las obligaciones de tramitar la afiliación y el alta; y por el artículo 56.1 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004 (RGRSS), el término para ingresar en plazo reglamentario las cuotas dentro del RGSS finaliza el mes siguiente al de su devengo. Puesto que el impago comienza en abril y la actuación de la ITSS se produce en julio, únicamente podrán exigirse por la correspondiente acta de liquidación las cuotas de abril y mayo, estando las de junio en plazo para cumplirse en periodo reglamentario.

Aparte de lo mencionado anteriormente, la ITSS deberá efectuar la correspondiente comunicación a la TGSS para que se lleve a cabo la afiliación y alta de doña Carmen de oficio. De acuerdo con los artículos 26 y 29 del Reglamento de inscripción de las empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado por el Real Decreto 84/1996, los efectos de la afiliación y alta se retrotraerán a la fecha en que se ha llevado a cabo tal actuación inspectora. Además, cabe acta de infracción por los mismos hechos, que se practicará por la ITSS y se notificará simultáneamente con el acta de liquidación de cuotas mencionada con anterioridad. Tal infracción se encuentra calificada como infracción grave de acuerdo con el artículo 22 de la LISOS, por lo que podrá imponerse una sanción de 3.126 euros a 10.000 euros.

Se ha de mencionar que, si el sujeto manifiesta su conformidad con la liquidación practicada e ingresa su importe en el plazo que va hasta el último día del mes siguiente al de



su notificación (de acuerdo con el art. 34.4 LGSS) o antes del vencimiento del plazo para formular alegaciones (art. 33 Reglamento general sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998), las sanciones por infracción por los mismos hechos se reducen automáticamente al 50 % de su cuantía, si la cuantía de la liquidación supera la de la sanción propuesta inicialmente (arts. 30.4 LGSS y 40.3 LISOS).

Sin perjuicio de lo mencionado con anterioridad, en el caso de que el acta de liquidación no fuere tramitada conjuntamente con un acta de infracción, de acuerdo con el artículo 35 del Reglamento general sobre procedimiento para la imposición de sanciones mencionado, la ITSS puede formular requerimiento al sujeto obligado al pago de cuotas adeudadas en el supuesto que nos ocupa, previo reconocimiento de la deuda ante el funcionario actuante, absteniéndose este de iniciar expediente sancionador y liquidatorio a resultas de su cumplimiento. Dicho requerimiento puede formularse mediante diligencia en el modelo oficial o mediante notificación de escrito ordinario. El ingreso de la deuda ha de hacerse efectivo en el plazo que determine la ITSS, que no puede ser inferior a 1 mes ni superior a 4 meses. En caso de incumplimiento del requerimiento, se procedería a extender el acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas en los términos previstos anteriormente.

B) Respecto a los hechos de don Emilio

A continuación, se van a analizar los siguientes hechos: en primer lugar, el acuerdo sobre compensación dineraria de las vacaciones; en segundo lugar, la no inclusión de diferentes conceptos retributivos en la base de cotización; y, en tercer lugar, las consecuencias de tales hechos respecto a la actuación de la ITSS y TGSS.

En primer lugar, tal y como se menciona en el caso propuesto, se produce un acuerdo entre empresario y trabajador sobre la retribución y no disfrute de las vacaciones a que tiene derecho. Con fundamento en el artículo 40 de la Constitución española, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y en el artículo 38 del ET, las vacaciones anuales retribuidas «no serán susceptibles de compensación económica», considerándose además como obligatorias, y pronunciándose al respecto el artículo 12 del Convenio 132 de la OIT, sobre la imposición de sanciones administrativas al respecto, en caso de acuerdo de sustitución de tales vacaciones obligatorias por una indemnización, tal y como sucede en este supuesto.

En segundo lugar, se dejan fuera de la inclusión en la base de cotización diferentes conceptos retributivos. De acuerdo con el artículo 147 de la LGSS, se determina que la base de cotización debe quedar constituida por la remuneración total del trabajador, cualquiera que sea su forma o denominación, en dinero o en especie, y que con carácter mensual tenga derecho a percibir o que efectivamente perciba, para todas las contingencias y situaciones protegidas por la acción protectora del RGSS. Concretamente, en este caso, no se incluyen en la base de cotización los gastos de manutención, gastos de locomoción y plus de

distancia, cuando el inspector actuante ha comprobado que no hay razones por las que el trabajador tenga que desplazarse a municipios distintos de la empresa. Si los gastos fueran reales, los de desplazamiento y de locomoción se excluirían aunque se produjeran en el mismo municipio de trabajo y de residencia; a diferencia de los de manutención, que para ello deberían producirse en otro municipio diferente al de su actividad y domicilio, y solo podrían excluirse de la base de cotización en la cuantía diaria máxima aplicable, según el artículo 23.2 a) del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995. Además, de acuerdo con dicho reglamento, en todo caso, el empresario deberá comunicar a la TGSS en cada periodo de liquidación el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resultaren de aplicación bases únicas, siendo considerada la falta de dicha comunicación como infracción grave (art. 22.1 LISOS).

Como consecuencia de ello, y en tercer lugar, se destacan a continuación las actuaciones respectivas de la ITSS y TGSS. Se ha producido una diferencia de cotización por el trabajador dado de alta, es decir, la empresa ha declarado una base de cotización inferior a la que procedería legalmente tal y como se ha explicado con anterioridad. En este punto, se ha de diferenciar si procede o no valoración jurídica de la ITSS, ya que la actuación da lugar a dos consecuencias distintas:

- En caso de proceder valoración jurídica de la ITSS, es decir, que dichas diferencias de cotización no se puedan apreciar por el examen de los documentos de cotización presentados por la empresa, la ITSS deberá extender acta de liquidación de cuotas en los términos de los artículos 34 de la LGSS y 65 y 66 del RGRSS, conjuntamente con un acta de infracción por infracción grave por los mismos hechos, de acuerdo con el artículo 23.1 f) de la LISOS. De acuerdo con el artículo 66, el importe de la deuda figurado en el acta de liquidación de cuotas se ingresará hasta el último día del mes siguiente al de la notificación del correspondiente acto administrativo definitivo de liquidación. De nuevo, la deuda se referiría únicamente por las cuotas de abril y mayo, al encontrarse las de junio en plazo para ingresarse en periodo reglamentario.
- En caso de no proceder valoración jurídica de la ITSS, la TGSS deberá extender reclamación de deuda del artículo 33 de la LGSS, por la diferencia de importe entre las cuotas ingresadas y las que legalmente corresponda liquidar. De acuerdo con el artículo 64 del RGRSS, y como especialidad en cuanto al plazo reglamentario de la reclamación de deuda, el importe exigido deberá hacerse efectivo en el plazo siguiente: si la misma se notifica entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de la notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior; y en caso de que la reclamación de deuda fuere notificada entre los días 16 y último de mes, desde dicha fecha de notificación hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior.

Por último, se ha de destacar una tercera posibilidad, como forma de actuación de la TGSS, pudiendo dictar la misma directamente providencia de apremio sin previa reclamación de deuda o acta de liquidación, de acuerdo con el artículo 85 del RGRSS por falta de ingreso de alguna de las aportaciones que integran la cuota, respecto del trabajador dado de alta, habiéndose cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas a que se refiere el artículo 29 de la LGSS y siempre que la deuda estuviese correctamente calculada, circunstancia que no parece concurrir en el caso planteado.

C) Respecto de los problemas de la empresa y en cuanto a la falta de abono de cuotas de otros trabajadores a partir de abril de 2019

En este último caso, cabría reclamación de deuda de la TGSS de acuerdo con el artículo 33 de la LGSS por falta de cotización de los demás trabajadores dados de alta, habiéndose cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas a que se refiere el artículo 29 de la LGSS.

En este mismo sentido, y por lo aportado anteriormente respecto del artículo 85 de la LGSS, cabría providencia de apremio directamente sin previa reclamación de deuda. Las cuotas a reclamar serán de nuevo aquellas exigibles del periodo correspondiente a abril y mayo.

Además, la falta de ingreso de cuotas dentro del plazo reglamentario de ingreso, habiéndose cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas a que se refiere el artículo 29 de la LGSS, supone la extensión de acta de infracción por la ITSS, por infracción grave, cuya sanción es diferente en función de los diferentes grados de la misma, de acuerdo con el artículo 22.3 de la LISOS.

Dentro de este marco de irregularidades de la empresa, se ha de mencionar el artículo 28 de la LGSS, el cual establece que la falta de pago dentro del plazo reglamentario de ingreso establecido determina la aplicación del recargo y el devengo de los intereses de demora en los términos fijados en la ley. Por ello, con respecto al recargo aplicable a las deudas con la Seguridad Social (cuyo objeto está constituido por cuotas), dado que se han cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas, se aplicará: un recargo del 10 % de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas dentro del primer mes natural siguiente al del vencimiento de plazo para su ingreso, o un 20 %, si se abonasen las cuotas debidas a partir del segundo mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso, de acuerdo con el artículo 10 del RGRSS.

Con respecto a los intereses, con base en los términos fijados en el artículo 11 del reglamento mencionado, el principal devengará intereses desde el día siguiente al vencimiento del plazo reglamentario de ingreso, y el recargo aplicable a dicho principal, únicamente desde el vencimiento del plazo de 15 días siguientes a la notificación de la providencia de apremio. Estos intereses solo serán exigibles cuando hubieren transcurrido 15 días naturales, desde la notificación de la providencia de apremio detallada anteriormente sin pago de la deuda.

4.ª Valore las actuaciones en relación con la IT de don Antonio y su cobertura.

Nos encontramos ante un supuesto en el cual se le ha reconocido al trabajador don Antonio una prestación de IT a que se refiere el artículo 169 de la LGSS. La contingencia de la que deriva la situación de IT, en principio, se presume de ser contingencia común, al detallar el caso práctico propuesto que su nacimiento se produce en la fecha del 10 de julio, es decir, al cuarto día de la baja en su actividad profesional.

Para poder acceder a la misma, se han de cumplir los requisitos a que se refiere el artículo 172 de la LGSS. En este caso, el trabajador se encuentra afiliado al RETA y en alta, acreditando un periodo mínimo de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Como especialidad de este régimen especial, de acuerdo con los artículos 47 y 314 de la LGSS y 28 del Real Decreto 2530/1970, debe encontrarse al corriente en el pago de sus cotizaciones anteriores al hecho causante. Las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante de la prestación, es decir, julio, y los 2 meses previos a aquel se presumirán ingresadas sin necesidad de que el interesado lo tenga que acreditar documentalmente y siempre que el trabajador acredite el periodo mínimo de cotización exigible, sin computar el periodo de los 3 meses referido.

Sin perjuicio de las irregularidades de la empresa comentadas al final de la pregunta anterior, puede afirmarse que el trabajador se encuentra al corriente en el pago de sus obligaciones como trabajador por cuenta propia con la Seguridad Social, ya que a partir de abril de 2019 no abona únicamente las cuotas correspondientes por los trabajadores, tal y como se detalla en el caso.

Como cuarto requisito, para poder beneficiarse de la prestación de IT, deberá presentar ante la correspondiente entidad gestora o colaboradora la declaración en modelo oficial sobre la persona que va a gestionar directamente el establecimiento mercantil de que es titular o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad. Esta declaración es preceptiva para el reconocimiento de la prestación económica. El plazo de presentación de la misma es de 15 días desde el inicio de la IT ante el INSS o mutua, junto con el parte médico correspondiente. De no ser presentada, se requerirá al interesado para que la presente en el plazo de 10 días y, en caso contrario, se le tiene por desistido de su solicitud de prestación. Además, mientras dure la situación de IT, el trabajador autónomo tiene obligación de presentar semestralmente, a contar desde la fecha de inicio de IT, la declaración de situación de la actividad, si fuese requerido para ello (STSJ de Cataluña 3610/2007, de 16 de mayo).

A efectos de la cuantía de la prestación, de acuerdo con el artículo 321.2 de la LGSS, se determina aplicando a una base reguladora un porcentaje aplicable. Dado que esta prestación de IT que ha sido reconocida deriva de contingencia común, la base reguladora se determina mediante la base de cotización del trabajador por contingencias comunes del mes anterior al de la baja médica (es decir, junio) entre el número de días que a dicha cotización se refiere, es decir, 30. El porcentaje que aplicará la base reguladora es el siguiente: desde el día 4 al día 20 de la baja, ambos inclusive, se aplicará el 60 %; a partir del día 21, se aplicará el 75 %.



A efectos de cobertura: de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 625/2014, el parte médico de baja, como acto originario de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por IT, y los partes de confirmación de la baja o de alta serán expedidos por el médico del Servicio Público de Salud (SPS) que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado.

Todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador, que permita la determinación objetiva de la IT para el trabajo habitual. Así, el SPS que emita el parte de baja remitirá por vía telemática al INSS los datos personales, datos obligatorios y demás requeridos presentes en el real decreto mencionado. Con el fin de que las actuaciones médicas cuenten con mayor respaldo técnico, se pondrán a disposición de los médicos tablas de duración óptima. En este caso, dado que el periodo de IT abarca en principio un periodo de más de 61 días naturales, el facultativo del SPS emitirá el parte de baja en el que se fijará la fecha de la revisión médica prevista, la cual, en ningún caso, excederá en más de 14 días naturales a la fecha de baja inicial, expidiéndose entonces el parte de alta o, en su caso, el correspondiente parte de confirmación de la baja. Después de este primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sean necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de 35 días naturales entre sí.

Los partes de alta médica, dado que se trata de un proceso derivado de una contingencia común, se emitirán, tras el reconocimiento médico del trabajador, por el correspondiente facultativo del SPS. En todo caso, deberán contener la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. Asimismo, también podrán ser extendidos los partes de alta médica por los inspectores médicos del SPS del INSS. Dicho parte médico de alta se comunicará a la mutua al ser un trabajador protegido por ella, debiendo la misma comunicar a la empresa la extinción del derecho, su causa y fecha de efectos. El SPS, al expedir el último parte de confirmación, antes del agotamiento de plazo de duración de 365 días naturales, comunicará al interesado que, una vez agotado el plazo referido, el control del proceso pasa a ser competencia del INSS, de acuerdo con los términos establecidos en el artículo 170.2 de la LGSS.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con el artículo 6 del real decreto mencionado, dado que se trata de un proceso de IT derivado de una contingencia común, cuya cobertura corresponde a la mutua, si la misma considerare que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, podrá formular, a través de los médicos adscritos a ella, propuestas motivadas de alta médica, a las que acompañarán los informes y pruebas que en su caso se hubieren realizado. Dicha propuesta de alta se dirigirá a la unidad de inspección médica del SPS.

De acuerdo con el artículo 308 de la LGSS, don Antonio tiene la obligación de mantener la cotización a la Seguridad Social durante la situación de IT, si bien, a partir del 8 de septiembre de 2019 (día 61 del proceso), la obligación de la cotización, en favor de don Antonio, recae en la mutua colaboradora con la Seguridad Social.

5.ª Exponga las acciones que podría emprender don Antonio en caso de discrepancia con el reconocimiento de la prestación de IT.

En el caso propuesto, tal y como se argumentaba en la pregunta anterior, se le ha reconocido al trabajador una prestación de IT derivada de contingencias comunes. No obstante, tal y como se menciona en el mismo, la enfermedad se produce como consecuencia de su trabajo, por lo que podría deducirse que la prestación tiene su causa en una contingencia profesional (si la misma se encontrase incluida en el anexo del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro).

Por lo tanto, desde un primer punto de vista, la prestación podría derivar de una enfermedad profesional, por la que se entiende la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias, y en las actividades especificadas en la lista de enfermedades profesionales, con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas.

Desde otro punto de vista, y en segundo lugar, cabe destacar que el origen de la enfermedad puede haberse debido a un accidente de trabajo (ya que no se especifica en el supuesto qué ha ocurrido exactamente durante la realización de la actividad en el trabajo). Por ello, a efectos del accidente del trabajador autónomo, se considera el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del RETA (arts. 316 y 317 LGSS), siendo así considerado como accidente de trabajo en este caso en concreto la enfermedad contraída no incluida en el listado de enfermedades profesionales detallada anteriormente y siempre que tenga conexión con el trabajo, bajo una relación de causa y efecto.

Una vez detallado el posible origen de la contingencia, el trabajador, en caso de discrepancia con la prestación reconocida, podrá iniciar la acción a que se refiere el artículo 3 del Real Decreto 625/2014. Es decir, si, a la vista del informe de la mutua colaboradora con la Seguridad Social que asista al trabajador y que haya considerado que la patología es de carácter común, el trabajador acude al SPS y el médico de este emite parte de baja por contingencia común, el beneficiario podrá formular reclamación con relación a la consideración otorgada a la contingencia ante el INSS, que se sustanciará y resolverá aplicando el procedimiento regulado en el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009.

Este procedimiento administrativo de determinación de la contingencia de la prestación de IT que nos ocupa se podrá iniciar a partir de la fecha de emisión del parte de baja médica, a instancia del trabajador o su representante legal, de acuerdo con el artículo 6.1 del Real Decreto 1430/2009. La solicitud deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para poder determinar la contingencia. El INSS comunicará la iniciación del procedimiento al SPS y a la mutua para que en el plazo improrrogable de 4 días hábiles aporten los antecedentes relacionados con el caso e informen sobre la contingencia de la que consideran



que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo. Asimismo, el INSS podrá solicitar los informes y realizar cuantas actuaciones considere necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe dictarse la resolución.

En este caso, se había emitido por el SPS parte de baja por contingencias comunes, y por ello se había iniciado el abono de la prestación de IT que por la misma correspondía, hasta la fecha de la resolución de este procedimiento que se ha iniciado. En caso de que la resolución que finalmente se dicte determine el carácter de contingencia profesional, la mutua que la cubra deberá abonar al interesado la diferencia que resulte a su favor y reintegrar al SPS el coste de la asistencia sanitaria prestada.

De acuerdo con el apartado cuarto de este mismo artículo, el EVI emitirá un informe preceptivo, que elevará al director provincial del INSS, y en el que se pronunciará sobre la contingencia que ha originado el proceso de IT. Una vez emitido el informe, de acuerdo con el apartado 5 de este artículo, el director provincial del INSS dictará resolución que corresponda, en el plazo máximo de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas o del agotamiento de los plazos fijados para ello y mencionados anteriormente.

De acuerdo con el apartado 6, la resolución se pronunciará sobre los siguientes extremos: la determinación de la contingencia, los efectos que correspondan como consecuencia de la misma y el sujeto responsable de las prestaciones económicas y sanitarias. Dicha resolución será comunicada al interesado, a la empresa, a la mutua y al SPS. La resolución emitida, de acuerdo con el apartado 7, podrá considerarse dictada con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

6.ª Determine si don Antonio tendría derecho a alguna prestación por el cierre del negocio y si sería correcto el abono de las cuotas de autónomos.

Don Antonio no tendría derecho a la prestación por cese de actividad debido al cierre del negocio, al no encontrarse en la situación legal de cese de actividad en dicho momento.

Primeramente, porque en el momento de clausura de la empresa, don Antonio tiene reconocida una prestación de IT, y hasta su extinción no puede hallarse en una situación legal de cese de actividad que le permita acceder a la prestación por cese. Posteriormente, y como se señala en el caso que se analiza, la IT se extingue debido al reconocimiento de una IP, y el nacimiento de esta pensión opera como causa de extinción de la protección por cese de actividad.

En el momento del cierre del negocio, don Antonio reúne los siguientes requisitos de la prestación por cese de actividad dispuestos en el artículo 330 de la LGSS. Se encuentra

afiliado y en alta, tiene cotizados 12 meses (puesto que comienza su actividad en el año 2000 hasta 2019), no tiene cumplida la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación y se encuentra al día en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social, a pesar del impago de las cuotas de sus trabajadores. Pero carece del último requisito, que es el de encontrarse en una situación legal de cese de actividad. Según el artículo 334 de la LGSS –relativo a dichas situaciones de cese para societarios de una sociedad de capital–, se contempla la terminación involuntaria de su actividad en la sociedad por pérdidas superiores al 10 % de los ingresos de 1 año. También es precisa la suscripción del compromiso de actividad y que el trabajador que ha cesado acredite activa disponibilidad para reincorporarse al mercado.

Pero, como se ha enunciado, debido a la situación de IT en la que se encuentra don Antonio cuando cesa en su actividad, según el artículo 343 de la LGSS, la incapacidad suspende la situación legal de cese hasta la extinción de aquella. A partir del cese en el negocio, la cuantía de la IT pasa a ser la de la prestación por cese de actividad que le correspondería a don Antonio y, una vez extinguida la incapacidad, se reconocería al autónomo la prestación por cese, pero descontándose de su duración el tiempo de la IT disfrutado en la cuantía de cese por actividad.

Sin embargo, puesto que la extinción de la IT deriva del reconocimiento de una pensión de IP a don Antonio, ello impide el nacimiento de la prestación por cese, debido a que por el artículo 341.1 e) de la LGSS el reconocimiento de una IP extingue la protección por cese de actividad.

Cabe indicar que, pese a que la IP nace con la extinción de la IT, según la Orden de 18 de enero de 1996, los efectos económicos de la IP no se producen hasta la resolución del INSS que reconoce la pensión, por lo que la cuantía de la prestación de IT se extiende desde el nacimiento de la IP hasta que esta última produce los efectos económicos. Puesto que la IP extingue la situación de cese por actividad, desde el nacimiento de la IP, la prórroga de efectos económicos de la IT se produce por la cuantía originaria de esta y no la de la prestación por cese de actividad.

Así, podemos concluir que don Antonio, pese a no generar una prestación por cese de actividad tras el cierre de su negocio, sí que ve afectada la cuantía de su prestación de IT por dicho cierre, momento a partir del cual la IT pasa a percibirse en la cuantía de la prestación por cese, hasta el nacimiento de la IP, donde de nuevo la IT se concede en su cuantía originaria, hasta la producción de efectos económicos de la IP.

Respecto al abono de las cuotas que realiza don Antonio desde el nacimiento de la IT en julio de 2019 hasta noviembre del mismo año, resulta incorrecto según el artículo 308 de la LGSS, por el que el abono de las cuotas durante la situación de IT de un autónomo del RETA corresponde al trabajador hasta el día 60, y a partir del 61 a la mutua que procede a la cobertura de dicha IT. Por ello, don Antonio tendría derecho a la devolución de los ingresos indebidamente realizados según los artículos 26 de la LGSS y 44 y 45 del RGRSS.



Cabe indicar que no tendría derecho a tal devolución si el ingreso se hubiera llevado a cabo de forma maliciosa, y que don Antonio cuenta con un plazo de prescripción de 4 años para reclamar dichas cantidades (desde el día siguiente al ingreso indebido). Una vez reconocido su derecho a devolución, existiría un plazo de caducidad de 4 años desde la notificación del reconocimiento al reintegro. El procedimiento de reingreso podría iniciarse a instancia del propio trabajador o de oficio, siendo la resolución desestimatoria si se hubiera comenzado por voluntad de don Antonio y este no hubiera recibido notificación en los 6 meses siguientes a completar la documentación precisa.

7.ª Analice si es correcta la actuación del INSS en el reconocimiento de la IP y señale qué procedimiento podría iniciar.

El reconocimiento por el INSS de una pensión de IP en favor de don Antonio resulta correcto, al reunir este último los requisitos dispuestos en el artículo 318 (que remite al 195) de la LGSS.

En el supuesto de que la incapacidad se hubiera reconocido como derivada de enfermedad común, se le exige a don Antonio encontrarse en el momento del hecho causante (que resulta de la extinción de la IT previa) afiliado y en alta o situación asimilada, reunir el periodo de carencia preciso y estar al día en el pago de las cuotas.

Puesto que es una IP en grado total, el periodo mínimo de cotización depende de la edad del afectado, y, al contar don Antonio con 54 años, resulta la cuarta parte del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años y el hecho causante, requiriéndose un mínimo de 5 años cotizados en todo caso. Adicionalmente, la quinta parte del periodo de cotización solicitado debe haberse cumplimentado en los 10 años anteriores al hecho causante. A don Antonio se le exigirían 8 años y 6 meses de cotización, y, puesto que trabaja ininterrumpidamente desde el año 2000 al 2019 y luego cotiza durante la situación de IT, cumple el periodo de carencia exigido.

Si en el procedimiento de determinación de la contingencia de la IT (expuesto anteriormente) se hubiera reconocido su origen por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, ello alteraría los requisitos a cumplimentar por don Antonio para generar posteriormente la IP, pues, según el citado artículo 318 de la LGSS, no se le exigiría ningún periodo de carencia.

Respecto a la dinámica de la pensión, tal y como se ha indicado, su nacimiento tiene lugar con la extinción de la IT previa de don Antonio, pero sus efectos económicos no comienzan hasta la resolución del INSS. Hasta este momento se prorrogaría la cuantía de la IT, pero, si esta última fuera menor a la de la IP, se retrotraerían los efectos de la pensión de IP hasta la extinción de la IT (deduciéndose las cantidades satisfechas en la prolongación de efectos de la IT, según el art. 174.5 LGSS).

En relación con la cuantía de una pensión de IP, esta depende de dos factores. La base reguladora se calcula según la contingencia de la que deriva la incapacidad, mientras que el porcentaje se establece según el grado de incapacidad determinado.

Si la IP de don Antonio deriva de enfermedad común, según el artículo 197 de la LGSS, y puesto que el periodo de carencia que se le ha exigido alcanza los 8 años, la base reguladora resulta de multiplicar dos factores.

El primero consiste en la división entre 112 de las bases de cotización de las 96 mensualidades previas al mes anterior al del hecho causante (es decir, las bases comprendidas y computadas en el tiempo hacia atrás, desde febrero de 2020 a marzo de 2012), actualizándose todas las mensualidades observadas (salvo las 24 más recientes, es decir, las comprendidas entre marzo de 2018 a febrero de 2020) según la evolución del IPC desde el mes más antiguo tomado hasta el anterior a los últimos 24 empleados (marzo de 2018).

El segundo factor se trata de un porcentaje vinculado a la cotización del beneficiario según la escala prevista para la pensión de jubilación en el artículo 210.1 de la LGSS (transitoriamente habrá de estarse a lo dispuesto en la disp. trans. novena de la misma ley). Para calcularlo se debe tener en cuenta el tiempo cotizado por el incapacitado en el momento del hecho causante de la IP, y también computarse los años que le resten al interesado en dicho momento para cumplir la edad ordinaria de jubilación.

En cambio, si se establece que la incapacidad deriva de una contingencia profesional, según el Reglamento de accidentes de trabajo de 1956, la base reguladora consistiría en la división entre 12 de los siguientes sumandos:

- La suma del sueldo y antigüedad diarios en el momento del accidente multiplicado todo por 365.
- Las pagas extraordinarias, beneficios y otras participaciones reunidas el año anterior.
- Los pluses, retribuciones complementarias y horas extra del año anterior multiplicado todo ello por 273 (salvo que los días laborales de su actividad fueran menores) y dividido el resultado entre el número de días efectivamente trabajados en dicho periodo.

En cualquiera de los dos supuestos, el porcentaje aplicable sobre la base reguladora al ser una IP total sería del 55 %, según el artículo 196 de la LGSS.

Puesto que en el momento del hecho causante de la IP don Antonio cuenta con 54 años, podría producirse que al cumplir los 55 se ampliara el porcentaje aplicable a la base reguladora hasta el 75 %, si se le reconociera una IP total cualificada.



Junto con el cumplimiento de 55 años, esta incapacidad total agravada exige una falta de preparación del incapacitado y que su situación social y laboral evidencie la dificultad de su reinserción en el mercado por otra actividad distinta a la habitual.

Ha de indicarse que la pensión de IP derivada de enfermedad común se percibiría en 14 pagas, 12 ordinarias por cada mes y 2 extraordinarias en junio y noviembre; mientras que, si derivara de accidente laboral, se otorgaría en 12 pagas, al incluir cada una de ellas una parte proporcional de las 2 pagas extraordinarias anuales a percibir.

Al ser una IP total, la pensión podría sustituirse por una indemnización a tanto alzado por resolución de la Dirección General del INSS (y, por delegación, de la Subdirección de Ordenación y Asistencia Jurídica), siempre que se reúnan los siguientes requisitos: tener menos de 60 años, que la incapacidad se presuma irreversible, que solicitara el cambio en los 3 años posteriores a la concesión de la pensión y siempre que fuera a destinar la cuantía de la indemnización a realizar una actividad por cuenta propia o ajena. La indemnización sustitutiva consiste en una cantidad a tanto alzado equivalente a 40 mensualidades de la base reguladora. En este caso, a diferencia de lo que se prevé para el RGSS, en el RETA no se establece que el beneficiario pase a percibir la pensión de IP total cuando cumpla la edad de 60 años.

Para un correcto reconocimiento de la incapacidad, el INSS habría de seguir el proceso establecido en la Orden de 18 de enero de 1996, que permite la iniciación del proceso de oficio o a instancia de parte (como es el caso). En la fase de instrucción, se requiere el alta médica e historial clínico del afectado, además de un dictamen-propuesta del EVI junto a un informe médico y un informe de antecedentes profesionales, y, finalmente, un informe de cotización del trabajador. Esta fase termina con un plazo de alegaciones de 10 días, y, finalmente, la resolución del proceso corresponde al director provincial del INSS competente, siendo su silencio administrativo desestimatorio.

El procedimiento que podría iniciar el INSS tras el reconocimiento de la IP de don Antonio resulta el de revisión, regulado en los artículos 17 a 19 de la misma Orden ministerial de 18 de enero de 1996. Con carácter general, solo puede iniciarse en el término dispuesto en la resolución administrativa reconocedora de la incapacidad, aunque puede instarse anteriormente si el pensionista estuviere realizando una actividad lucrativa o existiese un error en el diagnóstico.

Al igual que en el proceso de reconocimiento, el plazo para dictar resolución en revisión es de 135 días, si bien en este proceso el periodo de alegaciones es de 15 días. En el supuesto de que se llevara a cabo la revisión y la incapacidad no se extinguiera, en la nueva resolución debe indicarse necesariamente el plazo en el que se puede instar la siguiente revisión.

Respecto al reconocimiento del complemento por mínimos por parte de la entidad gestora para alcanzar la cuantía mínima de la pensión, únicamente podría ser válido si se cumplen los requisitos presentes en el artículo 59 de la LGSS. En primer lugar, cumplir con el

límite de ingresos previsto, es decir, no percibir rendimientos de trabajo, del capital, o de actividades económicas y ganancias patrimoniales –de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF– que excedan de 8.829 euros/año (siendo este el tope con cónyuge a cargo y para el 2019)[3]. Y, en segundo lugar, tener establecida la residencia en el territorio nacional, perdiéndose el derecho al complemento si el beneficiario establece su residencia fuera del territorio español o tiene estancias en el extranjero superiores a 90 días a lo largo de cada año natural.

Puesto que el límite de ingresos sin cónyuge a cargo es de cuantía menor a la citada, para acreditarse la dependencia del consorte debe darse tanto una convivencia como la dependencia económica de la mujer del pensionista. Se cumple esta última cuando concurren las siguientes dos circunstancias. Por un lado, que la trabajadora no sea a su vez titular de una pensión a cargo de un régimen público básico de previsión social (incluyéndose aquellas reconocidas por otro Estado, los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda a tercera persona y las pensiones asistenciales –Ley 45/1960–). Y, por otro lado, que los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y su cónyuge, computados en la forma señalada anteriormente, resulten inferiores en 2019 a 8.829 euros anuales[4].

Por tales razones, se habrían de analizar, de un lado, los requisitos de don Antonio respecto a la residencia e ingresos, y, de otro, los que ha de cumplir su cónyuge respecto a la dependencia económica en los términos expuestos, para poder reconocer dicho beneficio del artículo 59 de la LGSS.

8.ª Indique a qué prestación tendría derecho don Samuel y su evolución en relación con la empresa.

Al convertirse don Samuel en padre, tendría derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor, puesto que cumple los requisitos dispuestos en el artículo 318 de la LGSS (que resultan los del 178 de la misma ley más haber cumplimentado el abono de sus cuotas). Dicho trabajador se encuentra en el momento del hecho causante de la prestación, es decir, en el momento del nacimiento de su hijo o hijos, afiliado y en alta, al estar trabajando en la empresa. Puesto que supera los 26 años en el momento del parto, al tener 34 años, se le exige reunir un periodo de cotización de 180 días en los 7 años anteriores al hecho causante de la prestación o 360 días a lo largo de toda su vida laboral. Reúne tal periodo de carencia al haber comenzado su actividad en la sociedad el 1 de enero de 2018 hasta el momento del nacimiento, teniendo cotizado en total 1 año y 9 meses. Por último, cumplimenta la exigencia de encontrarse al día en la obligación del pago de las cuotas a la Seguridad Social.

[3] En este caso se ha producido una modificación operada por el Real Decreto-Ley 1/2020, determinando dicho límite de ingresos en la cuantía de 8.909 euros/año para el 2020.

[4] Para el año 2020, dicha cuantía se ha reconocido por 8.909 euros/año, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 1/2020, de 14 de enero.

Según la disposición transitoria decimotercera del ET, al tratarse el beneficiario del progenitor distinto a la madre biológica y puesto que el nacimiento se produce en octubre de 2019, la duración de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en favor de don Samuel es de 8 semanas en total. Si el parto se hubiera producido en 2020, la duración de la prestación hubiera sido de un total de 12 semanas, y en 2021, momento en el que se alcanza la duración definitiva y equitativa a la de la madre biológica, de 16 semanas.

Las 2 primeras semanas de la prestación de don Samuel tienen carácter obligatorio de disfrute, inmediatamente tras el parto, y que habrá de disfrutar de manera ininterrumpida y a jornada completa. Las restantes son de carácter voluntario, bien inmediatamente tras el fin de las 2 primeras semanas obligatorias o bien movibles por periodos semanales hasta que el o los nacidos cumplan 12 meses, además de poder disfrutarse a jornada completa o parcial (en este último caso, solo al 50 %). La madre biológica puede ceder al otro progenitor un periodo de hasta 4 semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio.

Además, dicha duración podría verse ampliada si don Samuel hubiera sido padre de dos o más hijos tras dicho nacimiento. Por cada hijo a partir del segundo inclusive del mismo parto, ambos progenitores tendrían derecho a 2 semanas adicionales de prestación, una para cada uno de ellos con carácter intransferible.

La cuantía de la prestación se establece con carácter diario, y resulta de dividir entre 180 la suma de las bases de cotización de don Samuel en los 6 meses inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 318 a) LGSS).

Si el parto hubiera sido múltiple, la madre de los hijos, o, alternativamente, Samuel, tendría derecho a un subsidio especial de igual cuantía diaria que la prestación durante 6 semanas, siempre que se hubieran disfrutado las 6 primeras semanas de descanso (según el art. 6.2 RD 295/2009).

Puesto que durante el disfrute de dicha prestación la empresa de muebles en la que opera don Samuel procede al cierre del negocio, con base en el artículo 343.2 de la LGSS, ello no impide que continúe disfrutando de su prestación por nacimiento y cuidado del menor. Una vez finalizada esta, y puesto que Samuel reúne los requisitos de la prestación por cese de actividad, comienza a percibir esta última prestación.

Los requisitos de la prestación por cese de actividad (art. 330 LGSS) consisten en que: el afectado se encuentre afiliado y en alta en el momento del hecho causante; tener cotizados 12 meses, habiendo trabajado don Samuel desde enero de 2018 hasta octubre de 2019; encontrarse en una situación legal de cese de actividad –que resulta la descrita para su padre don Antonio en el art. 334.1 LGSS–; suscribir el compromiso de actividad y acreditar activa disponibilidad para reincorporarse al mercado laboral; no tener cumplida la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación y encontrarse al día en el pago de sus cuotas.

La duración de esta prestación depende del periodo de cotización acreditado por don Samuel en los 48 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, produciéndose esta con la extinción de la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Su cuantía resulta de aplicar a una base reguladora calculada como el promedio de las bases de cotización de los 12 meses ininterrumpidos anteriores a la situación de cese un tipo del 70 %.

9.ª Indique qué consecuencias tiene a efectos de la determinación de un recargo de prestaciones la concurrencia de la imprudencia del trabajador fallecido y la existencia de un eventual incumplimiento de medidas de seguridad, y la fecha de efectos del recargo, si fuera procedente.

La interposición del recargo sobre las prestaciones económicas derivadas de la muerte de la trabajadora doña Eulalia se ve afectada por los dos factores que a continuación se van a analizar, al tratarse estos de los requisitos exigidos en el artículo 164 de la LGSS.

De un lado, la imprudencia de la trabajadora deriva de la realización continuada de sus labores de limpieza, y, por lo tanto, resulta una imprudencia profesional (como consecuencia del ejercicio habitual de su trabajo y la confianza que ello le inspira). De ese modo, dicha situación no impide que el accidente sufrido pueda calificarse como accidente de trabajo (de acuerdo con el apdo. 5 a) art. 156 LGSS).

Si la imprudencia de doña Eulalia no hubiera estado relacionada con el trabajo, esta podría calificarse como una imprudencia temeraria. Es decir, un verdadero desprecio del riesgo, manifiesto e innecesario, de acuerdo con pronunciamientos jurisprudenciales, y que, por el apartado 4 b) del mismo artículo, impediría la calificación del suceso como accidente laboral. Esta diferencia permite el reconocimiento del recargo sobre la prestación, al poder determinarse este solo sobre prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Por otra parte, el incumplimiento de las condiciones de la maquinaria empleada por parte de la empresa permite declarar la responsabilidad del empresario sobre el accidente acontecido, y, por ello, puede exigírsele un recargo sobre las prestaciones económicas derivadas del siniestro, según dicho artículo 164 de la LGSS. La responsabilidad que recae sobre el empresario de doña Eulalia por el recargo es directa y no asegurable, siendo nulo todo pacto para su cobertura, compensación o transmisión. La cuantía de los recargos puede oscilar entre el 30 % y el 50 % de la cuantía de la prestación sobre la que se imponga, y su montante nunca es anticipable por parte de la entidad gestora o colaboradora (art. 167.3 LGSS).

Como conclusión, al ponerse de manifiesto tanto la imprudencia profesional por parte de la trabajadora, así como una infracción de normas del deber de seguridad por parte del empresario, se puede afirmar la existencia de una concurrencia de culpas en la aplicación del recargo. En este sentido, los tribunales entienden que, en caso de concurrencia de culpas,



no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, sino que deben ponderarse las responsabilidades concurrentes, moderando en función de ello el porcentaje a aplicar o la indemnización aplicable, porque la imprudencia profesional o el exceso de confianza en el trabajo carece de la entidad suficiente para excluir totalmente la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (STS de 20 de enero de 2010, rec. 1239/2009).

En cuanto a la fecha de efectos del recargo, se ha de señalar, en primer lugar, que, como presupuesto inexcusable para la imposición del recargo, se exige la existencia de una prestación de la Seguridad Social. En este sentido, como consecuencia de la muerte de la trabajadora, se han generado las siguientes prestaciones:

- El auxilio por defunción del artículo 218 de la LGSS en favor de don Emilio, dado que la trabajadora se encontraba en situación de alta en el momento del fallecimiento, no requiriéndose ningún periodo previo de carencia. El mismo consiste en una cuantía a tanto alzado (en la actualidad, 46,5 €) para atender a los gastos de sepelio del causante, existiendo la presunción de que tales gastos han sido abonados por su esposo, don Emilio.
- Una pensión de viudedad del artículo 219 de la LGSS, en favor del esposo de la fallecida, que, al derivar de un accidente de trabajo y encontrándose en una situación de alta, no requiere un periodo previo de cotización.
- Una indemnización especial a tanto alzado en favor de don Emilio, de acuerdo con el artículo 227 de la LGSS, al derivar la muerte de un accidente de trabajo, consistente en 6 mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad.

El recargo se aplicaría únicamente a la pensión de viudedad, así como a la indemnización a tanto alzado. De acuerdo con el artículo 53 de la LGSS, el beneficiario, en este caso, don Emilio, tendría un plazo de 5 años para exigir la prestación, aplicándose el mismo plazo de prescripción para imponer el recargo (STS de 18 de diciembre de 2015, rec. 2720/2014). Se ha de resaltar que la pensión de viudedad sobre la que recae el recargo es imprescriptible de acuerdo con el artículo 230 de la LGSS, sin embargo, el plazo de prescripción del recargo sigue quedando sujeto al plazo general de prescripción de los 5 años.

El nacimiento del recargo sobre prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud depende del sujeto que hubiere iniciado el procedimiento para su interposición. No necesariamente nace con la prestación de la que deriva, y su concesión está sometida al principio de solicitud, al no ser su reconocimiento automático. Puesto que es la ITSS, mediante acta de infracción de 9 de noviembre de 2018, quien propone su determinación, según la Consulta 28/2016, de 19 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, el recargo nace con dicho informe de la Inspección y sus efectos económicos se retrotraen a los 3 meses anteriores a dicha fecha (según el art. 53.1 LGSS).

Si, en cambio, el proceso para la interposición del recargo se hubiere iniciado a instancia de parte por un sujeto legitimado, como don Emilio, el marido de doña Eulalia, aquel hubiera nacido con la correspondiente solicitud al INSS, produciéndose la misma retroactividad de los efectos económicos en 3 meses.

Por último, cabe señalar que el plazo de prescripción de 5 años establecido para la imposición al empresario del recargo se suspenderá con la incoación del expediente del INSS, reiniciándose el mismo transcurrido el plazo de 135 días hábiles que tiene el INSS para resolver el procedimiento (STS de 17 de julio de 2013, rec. 1023/2012), de acuerdo con el procedimiento administrativo del artículo 75 del RGRSS.

10.ª Analice si es correcta la competencia del EVI para emitir el dictamen-propuesta y cuáles serían las consecuencias de la emisión en el ámbito competencia del director provincial.

El EVI resulta competente para emitir el dictamen-propuesta en el procedimiento de reconocimiento del recargo sobre las prestaciones, según el artículo 10.1 de la Orden de 18 de enero de 1996. Dicha orden hace referencia únicamente a la imposición de recargos sobre las pensiones de IP, si bien la normativa resulta aplicable para la disposición de los recargos sobre otras prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, como es a los supuestos de muerte y supervivencia.

El proceso para el reconocimiento de tales recargos sobre una pensión de IP se regula en el Real Decreto 1300/1995, desarrollado en la citada Orden ministerial de 18 de enero de 1996.

El procedimiento puede iniciarse de oficio por la ITSS o a instancia del afectado o una persona legitimada, correspondiendo su resolución al director provincial del INSS (según los arts. 1.1 e) RD 1300/1995 y 16 Orden de 18 de enero de 1996).

La normativa indica el necesario informe-propuesta de la ITSS sobre los hechos acontecidos (el accidente laboral o enfermedad profesional sufrido por el afectado y la falta de medidas de seguridad y salud adoptadas por el empresario), las disposiciones infringidas por el empresario y la causa –de las enumeradas en el art. 164 LGSS– para imponer el recargo, proponiendo su porcentaje (según el art. 7.2 d) Orden de 18 de enero de 1996).

El proceso igualmente exige la remisión del expediente por el INSS a los interesados y la concesión de un plazo de 10 días para formular alegaciones, y determina que el plazo para resolver el proceso es de 135 días hábiles.

A pesar de no mencionarse en el artículo 3 del Real Decreto 1300/1995 que una de las competencias del EVI es la de emitir dictamen-propuesta en un proceso de reconocimiento de recargos, por el citado artículo 10 de la orden de desarrollo sí se menciona, debiendo



pronunciarse sobre el incumplimiento o no de las medidas de seguridad por el empresario y sobre el porcentaje de recargo propuesto por la ITSS. Como se ha indicado, la orden únicamente hace referencia a los recargos vinculados a una pensión de IP, pero la regulación se extiende a los reconocidos sobre otras prestaciones. La emisión del dictamen-propuesta del EVI en este proceso también la respalda la práctica del INSS y el criterio administrativo de la TGSS.

En todo caso, debe subrayarse que tales dictámenes-propuestas del EVI tienen naturaleza obligatoria pero no vinculante, tal y como establece el artículo 3.1 del Real Decreto 1300/1995 y se menciona en la STS de 11 de diciembre de 1991 (Roj: STS 13401/1991).